

L 2 P 81/12

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Pflegeversicherung

Abteilung

2

1. Instanz

SG Bayreuth (FSB)

Aktenzeichen

S 1 P 124/11

Datum

19.11.2012

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 2 P 81/12

Datum

25.06.2014

3. Instanz

-

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Pflegeversicherung

1. Zum Fehlen einer offensichtlichen Unrichtigkeit des Medicproof Gutachtens.

2. Auch im Recht der privaten Pflegeversicherung besteht keine Regelungslücke für den Pflegebedarf von Kindern.

I. Die Berufung gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Bayreuth vom 19. November 2012 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Gewährung von Leistungen aus der privaten Pflegeversicherung nach der Pflegestufe III statt II über den 30. April 2011 hinaus für den Sohn des Klägers, A ...

Der Kläger ist bei der Beklagten privat pflegeversichert. Der Versicherungsschein umfasst auch Leistungen für seinen 2000 geborenen Sohn, der von seinen Eltern R. und A. gesetzlich vertreten wird. Am 18. Dezember 2007 waren bei diesem erstmals heftige Kopfschmerzen aufgetreten und im Anschluss ein desmoplastisches Medulloblastom (Tumor des Kleinhirns) diagnostiziert worden. Es erfolgte ein operativer Eingriff mit Teilresektion des Tumors und anschließender Chemotherapie.

Ab 20. Februar 2008 erhielt der Kläger für seinen Sohn Leistungen nach Pflegestufe III. Dem lag ein Gutachten der M. GmbH vom 15. Februar 2008 zugrunde, nach dem der Hilfebedarf in der Grundpflege 244 Minuten, in der hauswirtschaftlichen Versorgung 60 Minuten betrage. Es bestehe ein Posterior-Fossasyndrom, ein cerebellärer Mutismus mit Verhaltensveränderung, ein Psychosyndrom nach ausgedehnter Tumorsektion des Hirns sowie eine Stuhl- und Harninkontinenz. Eine Hand-Mund-Koordination bestehe nicht, das Sprachvermögen sei aufgehoben. Es träten spontane Weinkrämpfe mit linksseitigen Gesichtskrämpfen auf. Eine Gehfähigkeit sei nicht gegeben. Ferner lägen anhaltende Schluckstörungen vor, so dass das Kind mittels Portkatheder ernährt werde. Die Alltagskompetenz sei erheblich eingeschränkt.

Seit Oktober 2009 konnte wieder die Schule besuchen, 2010 wechselte er ins Gymnasium. Eine Schulbegleiterin ist erforderlich.

Eine Wiederholungsbegutachtung durch die M. GmbH vom 4. April 2011 ergab, dass inzwischen mit 126 Minuten täglichem Grundpflegebedarf ein verringerter Pflegebedarf vorliege; der Hilfebedarf in der hauswirtschaftlichen Versorgung wurde auf 60 Minuten geschätzt. Es sei daher nur noch Pflegestufe II gegeben. Im Vordergrund stehe nun die eingeschränkte selbstständige Steh- und Gehfähigkeit, die Gleichgewichts- und Koordinationsstörungen, die Einschränkungen der Handmotorik, das langsame Arbeitstempo und die Sprachauffälligkeiten. A. sei wieder kontinent. Hilfe werde vor allem bei dem Waschen und Duschen (insgesamt 27 Minuten) benötigt, wobei nur noch eine teilweise Übernahme notwendig sei. Beim Toilettengang (16 Minuten) sei noch eine Hilfe beim Aufsuchen der Toilette und beim Wiederaufstehen notwendig. 10 Minuten wurde an Hilfe beim Zähneputzen angerechnet. Im Bereich Ernährung seien 10 Minuten Hilfe bei der mundgerechten Zubereitung der Nahrung erforderlich. Im Bereich der Mobilität benötige der Jugendliche Hilfen beim An- und

Auskleiden (10 Minuten), beim Gehen (44 Minuten) und bei Treppensteigen (9 Minuten). Die Alltagskompetenz wurde als nicht mehr eingeschränkt bewertet.

Die Beklagte teilte unter Bezugnahme auf das Begutachtungsergebnis dem Kläger im Schreiben vom 15. April 2011 mit, dass sie ab 1. Mai 2011 nur noch Pflegegeld nach der Pflegestufe II erbringen werde.

Mit E-Mail vom 3. Mai 2011 und Schreiben vom 5. Juni 2011 erhoben die Eltern dagegen "Widerspruch". Sie schilderten den Tagesablauf und den Hilfebedarf ihres Kindes. sei bei Weitem nicht so selbstständig, wie das die Beurteilung glauben machen möchte. Sie haben ein Wochenprotokoll vom 23. bis 29. Mai 2011 vorgelegt und den Grundpflegemehrbedarf auf 465 Minuten geschätzt. müsse von der Pflegeperson ständig beaufsichtigt werden, es bestehe Sturz- und Verletzungsgefahr rund um die Uhr. Bei den meisten Tätigkeiten brauche er außerdem mindestens teilweise Unterstützung.

Die Beklagte holte ein Zweitgutachten der M. GmbH vom 12. Juli 2011 durch Dr. S. ein, nach dem der tägliche Hilfebedarf in der Grundpflege 215 Minuten betrage, in der Hauswirtschaft 60 Minuten, so dass nur die Pflegestufe II gegeben sei. Es finden sich umfassende Ausführungen zu dem notwendigen Hilfebedarf in den Bereichen Körperpflege, Ernährung und Mobilität. Zu den Angaben gemäß dem Wochenplan wurde Stellung bezogen.

Die Beklagte teilte daraufhin dem Kläger mit Schreiben vom 21. Oktober 2011 mit, dass ihr Schreiben vom 15. April 2011 seine Gültigkeit behalte.

Mit der Klage zum Sozialgericht Bayreuth hat sich der Kläger weiter gegen die Absenkung der Pflegegeldleistung von Pflegestufe III auf II ab 1. Mai 2011 gewandt. Außerdem beantragten die Eltern mit Schreiben vom 8. September 2011 bei der Beklagten die Wiedereinstufung in die Pflegestufe III; über diesen Antrag hat die Beklagte noch nicht entschieden.

Das Gericht hat aktuelle Befundberichte mit Angaben der durchgeführten Behandlungen bzw. Therapien eingeholt und den Arzt für öffentliches Gesundheitswesen, Sozialmedizin und Umweltmedizin Dr. C. mit der Erstattung eines Gutachtens zu der Frage beauftragt, ob das Gutachten des ärztlichen Sachverständigen Dr. S. vom 12. Juli 2011 offensichtlich unrichtig sei. Der ärztliche Sachverständige Dr. C. verneint dies in seinem Gutachten vom 22. März 2012 nach Untersuchung vom 10. März 2012. Das Gutachten des ärztlichen Sachverständigen weiche von der wirklichen Sachlage nicht erheblich ab. Der Bedarf an täglicher Grundpflege betrage nach seiner Einschätzung 186 Minuten (Körperpflege: 56 Minuten, Ernährung: 25 Minuten, Mobilität: 105 Minuten). Auch nach dem Ergebnis seiner Begutachtung liege der Grundpflegebedarf eindeutig im Bereich der Pflegestufe II.

Zu den Einwendungen der Bevollmächtigten des Klägers vom 24. April 2012 hat der ärztliche Sachverständige am 9. Mai 2012 ergänzend Stellung genommen und an seinem Gutachtensergebnis festgehalten.

Das Sozialgericht hat die Sach- und Rechtslage in einer nichtöffentlichen Sitzung am 26. Oktober 2012 erörtert und mit Gerichtsbescheid vom 19. November 2012 die Klage abgewiesen. Ein Anspruch nach [§ 192 Abs. 6](#) Versicherungsvertragsgesetz (VVG) in Verbindung mit dem zwischen den Versicherten und der Beklagten abgeschlossenen Vertrag über eine private Pflegeversicherung und den diesem Vertrag zugrunde liegenden Versicherungsbedingungen (Bedingungsteil MB/PPV) sowie dem Tarif PV für die private Pflegepflichtversicherung bestehe nicht. § 6 Abs. 2 S. 1 und 2 MB/PPV sehe das Recht der Versicherungsvertragsparteien vor, die Voraussetzungen weiterer Pflegebedürftigkeit und die zu ergreifenden Maßnahmen in angemessenen Abständen durch ärztliche Begutachtung überprüfen zu lassen. Dabei seien die Regelungen über die Aufhebung von Verwaltungsakten, insbesondere von Leistungsbescheiden, nach den [§§ 48 ff](#) des Zehnten Buchs Sozialgesetzbuch (SGB X) auf die private Pflegeversicherung weder unmittelbar noch durch Übertragung der in ihnen enthaltenen Rechtsgedanken anwendbar. Die Erklärung, Pflegegeld nach der Pflegestufe III zu zahlen, sei eine zivilrechtliche Willenserklärung, die durch den unwidersprochenen Empfang der Leistungen angenommen worden und daher als deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu werten sei. Die Willenserklärung sei grundsätzlich bindend; eine Beseitigung sei nur u.a. bei wesentlicher Änderung der rechtlichen und/oder tatsächlichen Verhältnisse möglich. Letzteres setze eine nach Abgabe der Willenserklärung eingetretene Änderung der Verhältnisse voraus.

Unter Berücksichtigung auch des § 6 Abs. 2 MB/PPV sei eine Nachuntersuchung bei gesetzeskonformer Auslegung nur dann in diesem Sinne "angemessen", wenn Gründe für die Annahme bestehen, der Umfang der Pflegebedürftigkeit könne sich in einem für die Einstufung relevanten Umfang verändert haben. Die Leistungszusage führt aber zu einer Umkehrung der Beweislast.

Letzteres sei vorliegend anzunehmen. Schon in dem der Leistungsbewilligung zugrundeliegenden Gutachten sei die Notwendigkeit einer Wiederholungsbegutachtung wegen einer zu erwartenden zukünftigen Verringerung des Pflegebedarfs angeregt worden. Die Änderung der Verhältnisse sei zunächst durch Einholung eines sog. Schiedsgutachtens zu belegen. Das ergebe sich aus [§ 84 VVG](#).

Die dabei getroffenen Feststellungen des Sachverständigen seien aber anschließend nur dann für das Gericht nicht verbindlich, wenn "sie offenbar von der wirklichen Sachlage erheblich abweichen", wobei nur auf den Sachstand und die Erkenntnismittel zur Zeit der Begutachtung abzustellen sei.

Das Sozialgericht ist unter Einbezug des Gutachtens des Dr. C. zu dem Ergebnis gelangt, dass Anhaltspunkte für eine derartige offensichtliche Unrichtigkeit des M.-Gutachtens von Dr. S. nicht zu finden seien.

Zur Begründung der hiergegen eingelegten Berufung hat der Kläger vorgebracht, die Sachverständigeneinschätzung zur Höhe der Pflegestufe sei offensichtlich unrichtig. Nach den bisher gültigen MB/PPV mag zwar die Einstufung in die Pflegestufe II zutreffen, dann bestehe jedoch für Fälle wie diesem ähnlich der Fälle der Demenzzkranken eine ungewollte Regelungslücke, die durch analoge anderweitige Rechtsanwendung zu schließen sei. Hintergrund des Gesetzes sei gerade gewesen, dass derart pflegebedürftige Personen wie entsprechende Pflegeleistungen erhalten. An kranke Kinder sei hier offensichtlich bei Aufstellung des Anforderungsprofils der verschiedenen Pflegestufen nicht ausreichend gedacht worden. sei mit nur Pflegestufe II offensichtlich nicht ausreichend versorgt.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, dass die Einschätzung des Sachverständigen zur Höhe der Pflegestufe nicht offensichtlich unrichtig sei. Sie hat sich auf die Gutachten der M. GmbH vom 4. April 2011 und des Dr. C. vom 22. März 2012 berufen. Zweck der Pflegepflichtversicherung sei lediglich die Erzielung einer sozialen Grundabsicherung. Daraus folge, dass die Pflegeversicherung nicht jedweden Bedarf an Hilfeleistung, Aufmerksamkeit und Zuwendung finanzieren müsse. Es liege auch keine Regelungslücke vor; im Übrigen

dürfte diese nicht durch "Auslegung" durch den gesetzlichen Richter gefüllt werden, da es sich insoweit um eine dem Gesetzgeber vorbehaltene Entscheidung handele.

Auf klägerischen Antrag nach [§ 109](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) hat der Senat den Facharzt für Allgemeinmedizin Dr. E., der den Jugendlichen fortlaufend medizinisch betreut und behandelt, mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt. In seinem Gutachten vom 27. Juni 2013 hat dieser ausgeführt, dass der Hilfebedarf in der Grundpflege täglich 411 Minuten betrage; der Zeitbedarf im Bereich der Körperpflege betrage 128 Minuten täglich, im Bereich der Ernährung 85 Minuten und der Mobilität 198 Minuten. Für die hauswirtschaftliche Versorgung seien 145 Minuten pro Tag anzusetzen. Aufgrund der Lebensentwicklung (Pubertät) benötige nun mehr Nahrung und Flüssigkeit als zur Zeit der Begutachtung durch Dr. S.: Es steige deshalb zum einen die Frequenz der Toilettengänge, zum anderen steige der Bedarf an Körperpflege erheblich. Im Bereich der Ernährung sei die regelmäßige Beaufsichtigung während des Essens wegen unkontrollierten Erbrechens mit der möglichen Aspirations- und Erstickungsgefahr bei jeder Nahrungsaufnahme nicht berücksichtigt worden. Die Essgeschwindigkeit sei im Übrigen erheblich verlangsamt, so dass insgesamt weitere 33 Minuten anzusetzen seien. Im Bereich Mobilität sei zu berücksichtigen, dass jeweils vor dem Essen aus hygienischen Gründen Händewaschen und dazu ein Transfer ins Bad erforderlich sei und auch nach dem Essen eine erneute Waschung regelmäßig notwendig werde. Hierfür seien insgesamt weitere 14 Minuten anzusetzen. Bereits aufgrund der letzten beiden zusätzlichen Zeiteinsätze erhöhe sich der Grundpflegeaufwand von 215 auf 262 Minuten, so dass die Voraussetzungen der Pflegestufe III erfüllt seien.

Der Senat hat eine ergänzende Stellungnahme des Dr. C. vom 17. Februar 2014 eingeholt, der den Zeitbedarf in der Grundpflege auf täglich 208 Minuten (dabei gegenüber seinem Gutachten fünf weitere Minuten im Bereich der Körperpflege, neun weitere Minuten im Bereich der Ernährung und acht weitere Minuten im Bereich der Mobilität) eingeschätzt hat. Er hat zu einzelnen Feststellungen des Dr. E. aus den Bereichen Körperpflege, Ernährung und Mobilität Stellung genommen. Insgesamt liege der Hilfebedarf eindeutig im Bereich der Pflegestufe II.

Im Kernspintomogramm vom 31. Oktober 2012 wurden keine Hinweise für einen Rest- oder Rezidivtumor oder eine Meningeose bzw. einen Zweitumor beschrieben. Die postoperativ bekannten neurologischen Defizite seien aktuell stabil und unter Physiotherapie und Neuraltherapie sogar leicht regredient.

Der Kläger beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Bayreuth vom 19. November 2012 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, auch ab 1. Mai 2011 dem Versicherten A. weiterhin Leistungen nach der Pflegestufe III statt wie seit 1. Mai 2011 geschehen aus Pflegestufe II zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Im Übrigen wird auf den Inhalt der Akte der Beklagten sowie der Klage- und Berufungsakte verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers ist zulässig ([§§ 143, 151 SGG](#)), jedoch unbegründet.

Der Kläger wendet sich gegen die Absenkung der Pflegestufe für seinen Sohn zum 1. Mai 2011. Nicht Gegenstand der Klage ist der Antrag auf Wiedergewährung der Pflegestufe III vom 8. September 2011, über den die Beklagte noch nicht entschieden hat.

Zulässige Klageart ist die Leistungsklage nach [§ 54 Abs. 5 SGG](#). Der Jugendliche ist über den Kläger bei der Beklagten privat pflegeversichert. Anspruchsgrundlage für die geltend gemachte Gewährung von Pflegegeld nach der Pflegestufe III statt II über den 1. Mai 2011 hinaus ist [§ 192 Abs. 2](#) Versicherungsvertragsgesetz (VVG) in Verbindung mit dem zwischen Kläger und Beklagter geschlossenen Vertrag über eine private Pflegeversicherung in Verbindung mit dem Bedingungsteil MB/PPV sowie dem Tarif PV für die private Pflegepflichtversicherung. Auf die zutreffenden Ausführungen des Sozialgerichts zu den Rechtsgrundlagen, insbesondere zu [§ 1 MB/PPV](#) und [§ 6 Abs. 2 MB/PPV](#), wird zur Vermeidung von Wiederholungen gemäß [§ 153 Abs. 2 SGG](#) verwiesen. Hieraus ergibt sich somit, dass die für die soziale Versicherung anzuwendende Aufhebungsregelung nach [§ 48 SGB X](#) weder unmittelbar noch mittelbar zur Anwendung kommt (BSG v. 23.07.2002, Az.: [B 3 P 9/01 R](#)). Das Bundessozialgericht (BSG) hat in dieser Entscheidung ferner ausgeführt:

"Die Erklärung der Beklagten, Pflegegeld nach der Pflegestufe II (Anm.: vorliegend handelt es um die Pflegestufe III) zu zahlen, ist eine derartige Willenserklärung, die durch den unwidersprochenen Empfang der Leistungen durch den Kläger angenommen worden und daher als deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu werten ist. An dieses Schuldanerkenntnis ist die Beklagte bis zu einer Änderung der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse gebunden. Außerdem führt die Leistungszusage zu einer Umkehrung der Beweislast: nicht der Pflegebedürftige hat zu beweisen, dass seine Pflegebedürftigkeit gleich geblieben, sondern die Beklagte hat zu beweisen, dass sich die gesundheitliche Situation des Pflegebedürftigen gebessert hat und die gewährte Pflegestufe nicht mehr gerechtfertigt ist." (BSG, a.a.O., Rdnr. 18)

Abgeleitet aus dem Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) sowie aus dem privaten Versicherungsrecht kann eine Leistungszusage wie vorliegend die Gewährung der Pflegestufe III mit Zusage vom 20. Februar 2008 nur unter bestimmten engen Voraussetzungen wie Irrtum, arglistiger Täuschung oder Wegfall der Geschäftsgrundlage oder bei wesentlicher Änderung der rechtlichen und/oder tatsächlichen Verhältnisse abgeändert werden (BSG, a.a.O., Rdnr. 17). Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt der Anfechtung bzw. der Leistungsänderung durch die Beklagte.

Zutreffend beruft sich die Beklagte bei ihrer Entscheidung vom April bzw. Oktober 2011 auf eine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse seit der Leistungszusage vom Februar 2008, nämlich auf eine gesundheitliche Stabilisierung bzw. Verbesserung und eine damit verbundene Reduzierung des Pflegebedarfs. Dabei hat der Senat, worauf das Sozialgericht ebenfalls zutreffend hingewiesen hat, [§ 84 VVG](#) zu beachten. Die Beklagte hat deshalb zunächst zwei Gutachten der M. GmbH vom 4. April 2011 und 12. Juli 2011 eingeholt, die übereinstimmend zu dem Ergebnis gelangt sind, dass die Voraussetzungen der Pflegestufe III nicht mehr vorliegen und nur mehr Leistungen nach der Pflegestufe II zuzuerkennen sind. Diese Feststellungen sind für den Senat bindend, wenn sie nicht offenbar von der wirklichen Sachlage erheblich abweichen ([§ 84 VVG](#); BSG vom 22. August 2001, Az.: [B 3 P 21/00 R](#)).

Wie das Sozialgericht kann auch der Senat keine Anhaltspunkte für eine derartige offensichtliche Unrichtigkeit des M.-Gutachtens (hier des Dr. S. vom 12. Juli 2011) feststellen. Ein Gutachten ist nur dann offenbar unrichtig, wenn sich die Fehlerhaftigkeit des Gutachtens dem sachkundigen unbefangenen Beobachter - wenn auch möglicherweise erst nach eingehender Prüfung - aufdrängt. Dies wäre z.B. anzunehmen, wenn der Sachverständige falsche Beurteilungsmaßstäbe angewendet hätte oder vorhandene Erkenntnisquellen nicht benutzt oder ungenügend ausgeschöpft hätte mit dem Ergebnis, dass die Feststellungen des Sachverständigen im Gesamtergebnis erheblich von der wirklichen Sachlage abweichen.

Das Sozialgericht hat unter Beachtung dieser Rahmenbedingungen zutreffend ausgeführt, dass keine Erkenntnismittel übersehen wurden und das Gutachten des Dr. S. schlüssig und überzeugend ist. Es stützt sich dabei auf das von der Kammer eingeholte Gutachten des Dr. C., der das Gutachtensergebnis der M. GmbH im Wesentlichen bestätigt hat, so dass der Senat auch insoweit gemäß [§ 153 Abs. 2 SGG](#) auf die Ausführungen des Sozialgerichts verweist.

Ergänzend wird zur Verdeutlichung ausgeführt, dass durch die M.-Gutachten auch eine wesentliche Veränderung des Gesundheitszustandes und des Pflegebedarfs dargelegt ist. In dem M.-Gutachten vom 4. April 2011, das im Ergebnis weitgehend von Dr. S. bestätigt wurde, wird die pflegerrelevante Vorgeschichte beschrieben und dargelegt, dass nach Abschluss der Erhaltungstherapie zwei Reha-Maßnahmen absolviert hat. Während in dem der Leistungszusage im Jahre 2008 zugrunde liegenden M.-Gutachten vom 21. Februar 2008 noch beispielsweise eine nicht vorhandene Hand-Mund-Koordination, ein Ausfall des Sprachvermögens, spontane Weinkrämpfe mit linksseitigen Gesichtskrämpfen, eine fehlende Kopfkontrolle, keine Greiffunktion beider Hände, eine anhaltende Schluckstörung, eine Ernährung mit Portkatheder sowie eine Gehunfähigkeit beschrieben wird, stehen nun im Vordergrund eine eingeschränkte Steh- und Gehfähigkeit, Gleichgewichts- und Koordinationsstörungen, eine nur mehr eingeschränkte Handmotorik, ein langsames Arbeitstempo und Sprachauffälligkeiten. Der Gesundheitszustand hatte sich derart gebessert, dass seit Oktober 2009 wieder die Schule besuchen konnte und im September 2010 ins Gymnasium wechselte - wenn auch mit Begleitung einer Assistenzkraft. Im Einzelnen wird der notwendige Hilfebedarf eingehend beschrieben. Beispielsweise ist nicht mehr inkontinent, eine Nahrungsaufnahme unter Handhabung des Bestecks gelingt wenigstens teilweise, d.h. bei der mundgerechten Zubereitung aller Mahlzeiten ist eine Teilübernahme erforderlich. Eine Sondenernährung findet nicht mehr statt.

Statt ehemals notwendiger vollständiger Übernahme von Verrichtungen ist nun weitgehend eine teilweise Übernahme ausreichend, so vor allem bei dem Waschen und Duschen (insgesamt 27 Minuten statt 43 Minuten). Beim Toilettengang (16 Minuten statt 60 Minuten) ist nur noch eine Hilfe beim Aufsuchen der Toilette und beim Wiederaufstehen notwendig. 10 Minuten statt 25 Minuten wurden im Februar 2011 als Hilfe beim Zähneputzen angerechnet. Im Bereich Ernährung sind 10 Minuten statt 20 Minuten Hilfe notwendig, nun anzusetzen bei der mundgerechten Zubereitung der Nahrung. 2008 fiel der Hilfebedarf für die Aufnahme der Nahrung durch Sondenkost an. Im Bereich der Mobilität benötigte der Jugendliche insgesamt noch 63 statt 91 Minuten in Form von teilweiser Übernahme statt vollständiger Übernahme beim An- und Auskleiden (10 Minuten), beim Gehen bzw. Stehen (44 Minuten) und neu beim Treppensteigen (9 Minuten).

Auch wenn Dr. S. in dem Gutachten vom 12. Juli 2011 unter Berücksichtigung klägerischer Einwendungen und des vorgelegten Wochenplans zu einem teilweise höheren täglichen Hilfemehrbedarf in der Grundpflege (215 Minuten) gelangt, sind auch nach diesem Gutachten aus den dargelegten Gründen die Voraussetzungen der Pflegestufe III nicht mehr erfüllt.

Dabei ist auch darauf hinzuweisen, dass nach dem M.-Gutachten vom 21. Februar 2008 der Grundpflegemehrbedarf mit 244 Minuten nur geringfügig oberhalb der für das Vorliegen der Pflegestufe III notwendigen Zeit lag.

Das vom Senat auf klägerischem Antrag nach [§ 109 SGG](#) eingeholte Gutachten des behandelnden Arztes Dr. E., der zu einem Grundpflegebedarf von 411 Minuten gelangt ist, vermag nach Ansicht des Senats nicht eine offenbare Unrichtigkeit der beiden M.-Gutachten zu belegen. Zum einen berücksichtigt der Sachverständige offensichtlich Zeiten allgemeiner Betreuung, die nicht anrechnungsfähig sind. Dies gilt beispielsweise für die Beaufsichtigung während der Nahrungsaufnahme. Das Bundessozialgericht (hier zitiert aus: BSG, Beschluss vom 8. Mai 2001, Az.: [B 3 P 4/01 B](#)) hat bereits mehrfach entschieden, dass eine allgemeine Aufsicht, die darin besteht zu überwachen, ob die erforderlichen Verrichtungen des täglichen Lebens von dem Pflegebedürftigen ordnungsgemäß ausgeführt werden, und dazu führt, dass dieser gelegentlich - auch wiederholt - zu bestimmten Handlungen aufgefordert werden muss, nicht ausreicht, weil eine nennenswerte Beanspruchung der Pflegeperson damit nicht verbunden ist. Ein Beaufsichtigungsbedarf ist nur zu berücksichtigen, wenn die Pflegeperson dabei nicht nur verfügbar und einsatzbereit, sondern durch die notwendigen Aufsichtsmaßnahmen - wie bei der Übernahme von Verrichtungen - auch zeitlich und örtlich in der Weise gebunden ist, dass sie vorübergehend an der Erledigung anderer Dinge gehindert ist, denen sie sich widmen würde bzw. könnte (z.B. Arbeiten aller Art im Haushalt oder Freizeitgestaltung), wenn die Notwendigkeit der Hilfeleistung nicht bestünde (Urteile vom 24. Juni 1998 - [B 3 P 4/97 R](#) - [SozR 3-3300 § 14 Nr. 5](#) und 6. August 1998 - [B 3 P 17/97 R](#) - [SozR 3-3300 § 14 Nr. 6](#)). Dementsprechend wurde eine Beaufsichtigung und Kontrolle bei der Nahrungsaufnahme als berücksichtigungsfähige Hilfe eingestuft, wenn sie von einer solchen Intensität ist, dass die Pflegeperson - wie beim Füttern - praktisch an der Erledigung anderer Aufgaben gehindert ist bzw. diese, wenn auch möglicherweise nur kurzzeitig, unterbrechen muss, die Hilfe also über das - gewissermaßen "nebenbei" erfolgende - bloße "Im-Auge-Behalten" des Pflegebedürftigen und das nur vereinzelte, gelegentliche Auffordern bzw. Ermahnen hinausgeht (Urteil des 10. Senats vom 27. August 1998 - [B 10 KR 4/97 R](#) - [SozR 3-3300 § 14 Nr. 7](#)). Diese Intensität ist bei einer Beaufsichtigung während des Essens wegen unkontrollierten Erbrechens mit einer möglichen Aspirations- und Erstickungsgefahr nicht gegeben. Dabei berücksichtigte auch Dr. S. in geringem Umfang eine wiederholte Motivation (Anleitung) während jeder Mahlzeit mit drei Minuten für jede Mahlzeit, somit mit 15 Minuten täglich. Da ein direktes Eingeben der Mahlzeit aber nicht erforderlich ist, ist ein weitergehender Zeiteinsatz unter Berücksichtigung der o.g. Rechtsprechung nicht möglich.

In Übereinstimmung mit Dr. E. und entgegen Dr. C. berücksichtigte Dr. S. dabei auch die Neigung zum Verschlucken, verbunden mit Erbrechen.

Im Bereich der Körperpflege hat Dr. E. die Notwendigkeit einer vollständigen und nicht nur einer teilweisen Übernahme der Hilfe angenommen, so z.B. bei der Ganzkörperwäsche. Dr. C. bezweifelt in der ergänzenden Stellungnahme, dass ein Hilfebedarf für Waschen/Baden/Duschen von insgesamt 65 statt 24 Minuten täglich von den medizinischen Befunden gedeckt ist. Bereits hieraus ergibt sich, dass das Gutachten des Dr. S. nicht offenbar unrichtig ist. Dr. E. begründet den hohen Hilfebedarf im Bereich der Körperpflege u.a. mit einer Zunahme des Hygienebedarfs in der nun eintretenden Pubertät. Dies berechtigt zwar den Kläger, ggf. einen Antrag auf Zubilligung einer höheren Pflegestufe zu stellen, kann jedoch nicht zu der Annahme einer offenen Unrichtigkeit des M.-Gutach-tens 2011 herangezogen werden.

Die Häufigkeit der Hilfe beim Händewaschen wird von Dr. E. mit 27 benannt, während Dr. S. und Dr. C. viermal täglich angenommen hatten. Die zur Begründung von Dr. E. angeführte Zunahme der Häufigkeit des Toilettengangs wegen erhöhter Nahrungsaufnahme in der Pubertät betrifft ebenfalls die zukünftige Entwicklung und kann nicht eine offenbare Unrichtigkeit des Gutachtens begründen. Entsprechendes gilt für das Wasserlassen selbst bzw. die Darmentleerung.

Der Senat kann letztlich offen lassen, ob an einzelnen Punkten ein zusätzlicher Hilfebedarf von einigen Minuten anzunehmen ist oder nicht, wie dies von Dr. C. in der ergänzenden Stellungnahme z.B. bei der Zahnpflege oder beim Ausziehen und Zubettgehen für einen Mittagsschlaf vollzogen wurde. Anders als bei einer Begutachtung im Rahmen der sozialen Pflegeversicherung ist eine rein tätigkeitsbezogene Argumentation im Bereich der privaten Pflegeversicherung gem. [§ 84 VVG](#) nicht zulässig. Durch das Gutachten und die ergänzende Stellungnahme des Dr. C. wurde nämlich deutlich, dass eine offenbare Unrichtigkeit der M.-Gutachten auch nicht aufgrund des Gutachtens des Dr. E. abgeleitet werden kann.

Soweit der Kläger im Berufungsverfahren die Heranziehung der Begutachtungsrichtlinien (BRi) vom 8. Juni 2009 (abgedruckt bei Udsching, SGB XI, 3. Aufl. 2010, Anhang 4 - vgl. zum Folgenden die dortige Kommentierung bei § 17 RdNr 4 mwN zur Rspr des Bundessozialgerichts) beanstandet, stellen diese sog. Verwaltungsbinnenrecht dar, das die Spitzenverbände der gesetzlichen Pflegekassen nach [§ 17 Abs. 1 S. 1 SGB XI](#) geschaffen haben. Die Zeitkorridore der BRi sind lediglich "Orientierungswerte" (Erläuterungen D 4.0/III 4. und F der BRi), entscheidend bei der Feststellung des zeitlichen Umfangs des Hilfebedarfs bleibt stets die individuelle Pflegesituation. Im gerichtlichen Verfahren sind die BRi zwar nicht unmittelbar verbindlich, wirken aber im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigungsregel, die im Einzelfall widerlegbar ist (siehe bereits Bayer. LSG, Urteil v. 30. März 2011, Az.: L 2 P 75/09; LSG NRW, Urteil vom 14. Juli 2009, Az.: [L 3 P 37/02](#)). Der Senat vermag nicht zu erkennen, dass die beiden maßgeblichen M.-Gutachten nicht die individuelle Pflegesituation des Kindes ausreichend berücksichtigt hätten.

Im Rahmen der Berufungsbegründung hatte der Kläger bereits zugebilligt, dass nach den bisher gültigen MB/PPV die Einstufung in die Pflegestufe II zutreffend sein möge. Soweit er aber daraus folgt, dass ähnlich der Fälle der Demenzkranke eine ungewollte Regelungslücke für derart pflegebedürftige Kindern wie bestehe, vermag der Senat dieser Argumentation nicht zu folgen. Zutreffend hat die Beklagte hierzu darauf hingewiesen, dass es sich bei der Pflegeversicherung insgesamt nur um eine soziale Grundabsicherung für den Fall der Pflege handelt. Die Pflegeversicherung sollte nach dem Willen des Gesetzgebers von Beginn an nur eine ergänzende Funktion haben (zum Ganzen: Udsching, a.a.O., Einl., Rdnr. 1). Eine Regelungslücke für die Pflegebedürftigkeit von Kindern besteht schon deshalb nicht, da [§ 15 Abs. 2 SGB XI](#) die Einstufung der Pflegebedürftigkeit bei Kindern ausdrücklich geregelt hat. § 1 Abs. 7 MB/PPV hat diese Regelung übernommen. Abzustellen ist hierbei, wie durch die Gutachten erfolgt, auf den zusätzlichen Hilfebedarf gegenüber einem gesunden gleichaltrigen Kind, also im Bereich der Grundpflege auf den Grundpflegemehrbedarf; dies beachteten die vorliegenden M.-Gutachten.

Auch aus den mit Gesetz vom 23. Oktober 2012 ([BGBl. I S. 2246](#)) eingeführten Übergangsregelungen, insbesondere hinsichtlich Personen mit erheblich eingeschränkter Alltagskompetenz nach [§ 123 SGB XI](#), ergibt sich keine Regelungslücke für pflegebedürftige Kinder wie den Versicherten. Die private Pflegeversicherung hat dies übernommen (vgl. nun Nr. 15 des Tarifs PV mit Tarifstufen PVN und PVB). Zum einen ist diese Regelung erst nach dem hier maßgeblichen Zeitpunkt 2011 in Kraft getreten, zum anderen ist das Vorliegen der erheblich eingeschränkten Alltagskompetenz nicht auf Demenzerkrankungen beschränkt und wurde beim Versicherten geprüft. Nach den Gutachten, auch des Dr. E., liegt diese medizinisch nicht (mehr) vor.

Eine Ausdehnung der Pflegeleistungen über das geltende Recht hinaus obliegt nicht den Gerichten, sondern dem Gesetzgeber, dem insoweit ein Gestaltungsspielraum zusteht, in den auch die Beitragsstabilität mit einfließen kann.

Die Berufung war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2014-09-09